

FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA



Derecho y Memoria

António Colaço Martins-Filho

Doctor en Derecho

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA TÍTULOS PUBLICADOS

- Los defensores del pueblo en España**, *Fernando Luis de Andrés Alonso* (2017).
- Argumentación jurídica y ética de la virtud**, *Tasia Aránguez Sánchez* (2018).
- Administración pública y menores de edad: El sistema de protección a la luz de los informes de los defensores del pueblo**, *Beatriz González Moreno* (2018).
- Ius cogens*. La actualidad de un tópico jurídico clásico**, *Joaquín R. Argés* (2019).
- Menéndez Pelayo en el pensamiento jurídico contemporáneo**, *José Alberto Vallejo del Campo* (2019).
- El olvido de los derechos de la infancia en la violencia de género**, *Paula Reyes Cano* (2019).
- El presente de la Filosofía del Derecho**, *Milagros Otero Parga* (2020).
- Crímenes de lesa humanidad. Genealogía de un concepto jurídico-filosófico contemporáneo**, *Leonor Esteves* (2021).
- Conversaciones con la Historia del pensamiento jurídico. Desde la antigua Grecia hasta el siglo XIX**, *Milagros Otero Parga* (2021).
- Derecho y Memoria**, *António Colaço Martins Filho* (2021).

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Directora: MILAGROS OTERO PARGA

Catedrática de Filosofía del Derecho

DERECHO Y MEMORIA

António Colaço Martins Filho

Doctor en Derecho

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2021

© António Colaço Martins Filho
© Editorial Reus, S. A., para la presente edición
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2021)
ISBN: 978-84-290-2526-2
Depósito Legal: M-21360-2021
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: *Estilo Estugraf Impresores S.L.*

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

RECONOCIMIENTOS

Por Dios.

Mi humilde y sincero agradecimiento a la profesora Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho, por su inestimable y fundamental contribución a la elaboración de la obra que ahora sale a la luz.

A la Profesora Doctora Milagros Otero Parga, por su sensibilidad y generosidad intelectual.

Agradezco a la profesora Maria Leonor Esteves sus valiosas notas.

A la Profesora Patrícia Penélope Mendes Jerónimo, por las observaciones relevantes que ayudaron a mejorar este trabajo.

A mi esposa Patricia y a mis queridos hijos, Amanda y Antonio, por inspirarme cada día.

A mis padres, Antonio y Grace, a quienes les debo todo.

INTRODUCCIÓN

La relación entre el poder y la memoria se remonta a los primeros días de la humanidad. Desde sus albores, los grupos que controlaban las organizaciones colectivas hacían uso de registros, monumentos, celebraciones, ritos y otras formas de manifestación para satisfacer sus deseos políticos. La ley también se ha utilizado para este propósito desde tiempos inmemoriales. Como ejemplo, la preocupación por el olvido está presente en el epílogo del Código de Hamurabi (1772 a.C.). Son casos emblemáticos, además, el olvido de hechos históricos determinados en la Constitución de Atenas (403 a.C.), en relación con las disputas políticas cometidas durante el gobierno de los Treinta Tiranos, y en el Edicto de Nantes (1598), en relación con los conflictos entre las confesiones cristianas. En Gran Bretaña, el Acta de Indemnización y Olvido General de 1660 determinó que todos los actos de hostilidad y daño entre el ejecutado rey Carlos I y el parlamento deberían ser olvidados a perpetuidad.

El uso mencionado de instrumentos jurídicos para intervenir en la memoria muestra que el uso político de la historia es una constante en el desarrollo de la humanidad. Sin embargo, hay momentos sociopolíticos que dan lugar a un mayor grado de interferencia estatal, según los intereses políticos vinculados a la promoción de ciertas narrativas históricas. Las experiencias totalitarias del siglo XX, apoyadas por la distopía de GEORGE ORWELL, revelan el grado extremo al que puede llegar el control sobre la memoria y la historia.

También, en el siglo pasado, las cuestiones que surgieron con el fin de la Segunda Guerra Mundial impulsaron la adopción de instrumentos de justicia de transición, entre los que se encuentran las comisiones de la verdad y las leyes de memoria. Los primeros se extendieron por varias docenas de países desde mediados de los años setenta en adelante. Las leyes de memoria, a su vez, surgieron como reacción al antisemitismo, el racismo y los discursos de odio, que eran particularmente frecuentes

en el continente europeo. Junto a las manifestaciones estatales de intervención en la memoria ya mencionadas, también merecen destacarse las decisiones judiciales que establecen verdades históricas.

En el caso de los Estados totalitarios, la repulsa del individualismo y la idea de la total devoción personal al proyecto colectivo hicieron natural la idea de que la memoria y la historia también tenían como propósito el logro de los objetivos de la nación, en detrimento de la verdad y la libertad. Además, el amplio control sobre los medios de comunicación y la historiografía permitió la manipulación efectiva de las narrativas históricas.

En la esfera democrática, la intervención estatal en la memoria suele estar vinculada a programas políticos de: pacificación y reconciliación nacional (amnistía), la necesidad de aclarar la verdad de los abusos de los derechos humanos cometidos sistemáticamente por los regímenes autoritarios (comisiones de la verdad), la lucha contra el racismo, el negacionismo y el antisemitismo, la promoción de la justicia histórica (leyes de memoria) y la necesidad de dar un marco pedagógico a las condenas ejemplares de los verdugos (decisiones judiciales que establecen verdad histórica). Así pues, las formas de intervención en la memoria mencionadas anteriormente están presentes en las democracias y, más que eso, en el caso de las comisiones de la verdad y las leyes de memoria, incluso están apoyadas, por entidades de derecho internacional, como medidas para fortalecer las jóvenes democracias. En cuanto a las leyes de memoria, cabe señalar que el Consejo de la Unión Europea ha emitido una decisión marco que obliga a los Estados miembros a no tolerar la promoción, la negación, la relativización o la banalización pública de las conductas que califica de negacionistas. Algunos juicios, en particular de delitos contra criminales nazis y negacionistas, se transformaron a su vez en verdaderos seminarios históricos, lo que revela, una vez más, el sesgo historicista del Estado.

De forma aparentemente contraria, las amnistías apoyan el olvido de ciertos acontecimientos o simplemente eluden los efectos jurídicos normalmente aplicables a ciertas conductas. A diferencia de otros tipos de intervención estatal, la amnistía no goza de un alto nivel de aceptación y promoción. Sin embargo, puede ser un instrumento importante para que una nación pueda poner fin a los conflictos políticos.

Como señalamos inicialmente, el Estado utiliza diversos medios para intervenir en la memoria y la historia. Es necesario, por lo tanto, seleccionar los instrumentos a ser analizados, lo que hemos hecho aplicando

los siguientes criterios: a) pertinencia histórica, b) creación mediante un instrumento legislativo, con el fin de crear, modificar o extinguir derechos, c) mayor potencial de causar daño a la democracia, con un análisis preliminar, que debe ser confirmado o descartado por la investigación que se esté llevando a cabo, d) amplia difusión, fuerte promoción por parte de las organizaciones internacionales y razonable aceptación de los instrumentos por los medios de comunicación, o al menos tolerancia por parte de estas entidades, e) posibilidad de comparación entre diferentes tendencias y tradiciones jurídicas, f) amplitud temporal que permita la comparación de los instrumentos a lo largo del tiempo, con el fin de destacar su evolución histórica. De la aplicación de los criterios anteriores se llega a los instrumentos de comisiones de la verdad, amnistías, leyes de memoria y decisiones judiciales que establecen verdad histórica, que prescriben o proscriben los métodos historiográficos.

A la luz de los mismos criterios, aunque se refieren al tema de la memoria, no se abordará el derecho al olvido ni los instrumentos que emplean los regímenes totalitarios para intervenir en la memoria y la historia.

En cuanto a la relevancia social del tema de la intervención estatal en la memoria y la historia, cabe señalar que las cuatro modalidades estatales de elaboración histórica están en plena actividad. Incluso en el caso de las leyes de memoria, que no presentan el mismo movimiento expansivo experimentado hace décadas, es posible observar una efervescencia en torno al debate sobre la libertad de expresión y las *memory wars*, que surgen de la penalización cruzada de narrativas de memoria de dos o más países.

La actualidad del tema también es evidente. Basta con mencionar que los líderes de los Jemeres Rojos no obtuvieron la amnistía solicitada. Así, el 16 de noviembre de 2018, la justicia camboyana condenó a Khieu Samphan, ex jefe de Estado de Kampuchea Democrática, y a Nuon Chea, ideólogo del régimen comunista, por el genocidio y los crímenes contra la humanidad cometidos contra las minorías religiosas.

Además, aunque el tema sigue siendo de actualidad, los fabricantes de electrónica admiten que sus smartphones y sus smart-tvs capturan las conversaciones del entorno, lo que nos lleva a la pantalla telescópica, un dispositivo presente en todos los hogares de los habitantes de Oceanía, en la ficción de Orwell. Siguiendo con el tema, el total recall, una posibilidad aplaudida por algunos *life loggers* que consiste en registrar todos los acontecimientos de la vida de un ser humano, puede convivir

en un control total, si el Estado tiene acceso al contenido que las grandes empresas ya recogen de sus usuarios. De hecho, consciente de las posibilidades de la memoria digital, el gobierno chino ensaya lo que algunos llaman el matrimonio del Gran Hermano y el Gran Data. El gobierno chino diseñaría y pondría a prueba un complejo sistema de recopilación de datos, fuertemente basado en las nuevas tecnologías digitales (reconocimiento facial, inteligencia artificial, etc.) que daría lugar a la atribución de puntuaciones a los ciudadanos. El acceso a ciertos servicios y la obtención de ciertas ventajas estarían ligados a la puntuación de cada uno. En resumen, incluso en las democracias, las nuevas tecnologías digitales pueden dar al Estado un control que sólo tiene paralelismos a nivel ficticio, convirtiendo nuestras vidas en un verdadero panóptico virtual.

Como vemos, el vínculo entre el Estado y la memoria plantea cuestiones actuales y relevantes. En nuestra opinión, la expansión de los instrumentos de intervención estatal en la historia debe ser vista con una mirada más crítica y no como una mera mejora y fortalecimiento del rol de los derechos humanos. Para hacer uso de una analogía oriental, es necesario evitar que las democracias sufran “la muerte por mil cortes”, cada uno de ellos representado por las innumerables interferencias del Estado en un ámbito que no le corresponde a primera vista.

Con el fin de determinar si el Estado debe elaborar la historia y en qué medida, esta obra trata de analizar los fundamentos jurídicos de las intervenciones legales en la memoria y la historia. Para ello, es necesario conocer primero en qué consisten las memorias individual, colectiva e histórica, categorías que podrían ser manipuladas por la acción del Estado. Así, el primer capítulo trata de los recuerdos individuales, en sus momentos pasivos (mneme) y activos (anamnesis). El capítulo también trata de la memoria colectiva, en particular de sus relaciones con la memoria, la identidad y la historia individual. La memoria histórica y la historia son objeto de exposición, con el propósito, principalmente, de poner de relieve las implicaciones mutuas entre las categorías de la memoria (individual y colectiva) y la historia. El capítulo también trata de la memoria digital como instrumento de la memoria colectiva. También, se centra en sus principales efectos en relación con las memorias individual y colectiva, con el fin de advertir sobre el potencial ofensivo de utilizar esta tecnología para el control estatal de la memoria. Tanto en el estudio de la memoria individual como en el de la colectiva (incluida la memoria digital), se hará hincapié en el olvido como mecanismo funda-

mental para el funcionamiento de las memorias, así como para el aprendizaje, la reconciliación y la capacidad crítica y de toma de decisiones.

Una vez aclaradas las nociones preliminares a las que se ha hecho referencia anteriormente, el segundo capítulo trata de las instituciones a las que ya nos hemos referido: comisiones de la verdad, amnistías, leyes de memoria y decisiones judiciales que establecen verdades históricas. Las secciones dedicadas a cada instrumento están vertebradas para permitir al lector acceder, al menos, a los siguientes elementos: nociones históricas, concepto, principales efectos y fundamentos jurídicos, incluido un análisis de su juridicidad a la luz de los principios jurídicos presentados. Las cuestiones específicas relacionadas con los temas se abordan en el espacio preambular de cada uno de los capítulos.

La dimensión explicativa, a su vez, está presente en el desarrollo y aclaración de las causas, contextos, propósitos y significados de las principales manifestaciones de intervención que los regímenes democráticos y los de transición democrática suelen imponer a la memoria y a la historia.

ÍNDICE

RECONOCIMIENTOS	5
INTRODUCCIÓN.....	7
1. DE LA MEMORIA.....	13
1.1. Breves notas sobre el estudio de la memoria	13
1.2. Principales tipos de memoria	23
1.2.1. Memoria individual.....	24
1.2.1.1. <i>Concepto y condiciones de la memoria</i>	24
1.2.1.2. <i>Memoria (mneme).....</i>	25
1.2.1.3. <i>Recuerdo (anamnesis)</i>	31
1.2.1.4. <i>Olvido (amnesia).....</i>	36
1.2.2. Memoria colectiva.....	43
1.2.2.1. <i>Posibilidad de establecer una analogía entre la memoria individual y la colectiva</i>	43
1.2.2.2. <i>Naturaleza social de la memoria.....</i>	45
1.2.2.3. <i>Concepto de memoria colectiva</i>	53
1.2.2.4. <i>Expresiones o manifestaciones de la memoria colectiva</i>	68
1.2.2.5. <i>Olvido social.....</i>	73
1.2.2.6. <i>Memoria colectiva e identidad</i>	75
1.2.2.7. <i>Influencia de la memoria colectiva sobre la memoria individual.....</i>	79
1.2.3. Memoria histórica e historia	84
1.2.4. Memoria digital.....	91
1.2.4.1. <i>Características</i>	93
1.2.4.2. <i>Efectos.....</i>	95
1.2.4.3. <i>Olvido biológico y memoria digital.....</i>	99
1.2.4.4. <i>Control y vigilancia</i>	101
1.2.4.5. <i>Propuestas</i>	106

2.3.6.6. <i>Visión fragmentada de la historia</i>	254
2.3.6.7. <i>Apatía e indiferencia social</i>	256
2.3.6.8. <i>Principio de pluralismo</i>	257
2.3.6.9. <i>Delitos de incitación al odio, difamación racista y propaganda nazi-fascista</i>	259
2.3.6.10. <i>Genocidio y otros crímenes de lesa humanidad</i>	261
2.3.6.11. <i>Derecho a la verdad</i>	262
2.3.6.12. <i>Dignidad ontológica y dignidad ética</i>	263
2.3.6.13. <i>Libertad de expresión</i>	276
2.4. Decisiones judiciales que establecen una interpretación histórica	290
2.4.1. <i>Concepto</i>	290
2.4.2. <i>Histórico</i>	291
2.4.2.1. <i>El juicio de Núremberg</i>	292
2.4.2.2. <i>El juicio de Einchmann</i>	295
2.4.2.3. <i>El caso Szenes</i>	300
2.4.2.4. <i>El caso Zündel</i>	301
2.4.2.5. <i>El caso de David Irving</i>	307
2.4.2.6. <i>El caso Perinçek</i>	310
2.4.2.7. <i>Otros casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.</i> ..	316
2.4.2.8. <i>La evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos</i>	319
2.4.3. <i>Los efectos y la legalidad de la intervención de las decisiones judiciales en la historia y la memoria</i>	321
2.4.3.1. <i>Análisis comparativo entre la actividad judicial e historiográfica</i>	322
2.4.3.2. <i>El método historiográfico como criterio de prohibición de divulgación de la versión histórica</i>	328
Conclusión	331

El autor, António Colaço Martins-Filho, nos ofrece en esta obra un interesante análisis sobre las relaciones entre poder y memoria. A través de sus páginas, el lector es llamado a reflexionar sobre cómo, desde los albores de la humanidad, los grupos que controlaban las organizaciones colectivas hacían uso de registros, monumentos, celebraciones, ritos y otras formas de manifestación para satisfacer sus deseos políticos. Con este estudio, su autor quiere demostrar en qué medida el uso de instrumentos jurídicos para intervenir en la memoria de los ciudadanos, muestra que el uso político de la historia es una constante en el desarrollo de la humanidad.

Estas páginas se ocupan en primer lugar, de los recuerdos individuales, en sus momentos pasivos (*mneme*) y activos (*anamnesis*), al mismo tiempo que definen la noción de memoria colectiva —en particular en sus relaciones con la memoria, la identidad y la historia individual—. La memoria histórica y la historia son objeto de exposición, con el propósito, principalmente, de poner de relieve las implicaciones mutuas entre las categorías de la memoria (individual y colectiva) y la historia. Tanto en el estudio de la memoria individual como en el de la colectiva (incluida la memoria digital), se hace hincapié en el olvido como mecanismo fundamental para el funcionamiento de las memorias, así como para el aprendizaje, la reconciliación y la capacidad crítica y de toma de decisiones.

Una vez aclaradas las nociones preliminares a las que se ha hecho referencia anteriormente, el autor ofrece una perspectiva muy interesante sobre distintas formas de intervención jurídica en la memoria: comisiones de la verdad, amnistías, leyes de memoria y decisiones judiciales que establecen verdades históricas.

Este estudio facilita a su autor la posibilidad de advertir sobre el potencial ofensivo de utilizar los medios que permiten el control estatal de la memoria. Lo hace, adoptando una actitud crítica y reflexiva, que persigue poner de relieve la complejidad, las amenazas y los peligros para la democracia y libertad que conllevan las intervenciones del Estado en la memoria.